

# TRABAJO DE FIN DE GRADO

## *Derechos fundamentales*

Tutora: Doña Carmen Garcimartín Montero

Alumna: Ana M<sup>a</sup> Fernández López

Estimada clienta, procedo a continuación a responderle a las preguntas que me hace y que son el objeto de este informe jurídico y que servirán para dar contenido a la demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional que presentaré en tiempo y forma para que su derecho al secreto a las comunicaciones se restablezca.

## **INFORME JURÍDICO**

En cuanto a su pregunta sobre **si se han agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales dentro de la vía judicial**, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

Antes de nada, cabe decir que no se especifica en el caso cómo se intervienen las comunicaciones, si se plasma en una prueba documental, en virtud del **artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** (en adelante LEC), que recoge la misma como un medio de prueba; o través de un CD o un dispositivo parecido, basándonos en el **artículo 382.1. de la LEC**, que dispone que “Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte podrá acompañar en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso”.

Por otra parte, el **artículo 287 de la LEC** dispone que:

“1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva”.

En el caso se dice que el Juez resuelve el recurso de reposición y considera lícita la prueba, pero no se hace referencia a todo lo sucedido hasta llegar a ese extremo, es decir, no se habla sobre las pruebas pertinentes y útiles que se han propuesto para demostrar la ilicitud alegada. Podría en este último caso producirse indefensión.

Por otra parte, el **artículo 446 de la LEC**, que se refiere al ámbito del juicio verbal, como es el de divorcio, dice que "Contra las resoluciones del tribunal sobre inadmisión de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaron como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia". En el supuesto de hecho no se dice nada, pero pienso que al haber sido desestimado el recurso de reposición, se debería realizar la oportuna protesta con el fin de hacerla valer en segunda instancia, luego doy por hecho que se hizo la misma antes de interponer el recurso de apelación.

Por otro lado, el **artículo 477 de la LEC** establece que: "Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

- Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.
- Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.
- Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional".

El primer motivo hay que descartarlo, porque no nos encontramos en el caso de una vulneración de un derecho fundamental cometida por un particular frente a otro, supuesto en el que se tramitaría el procedimiento recogido en el **artículo 249.1.2 de la LEC**, que dice que "Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación". En cuanto al segundo motivo, tampoco cabe invocarlo en el presente caso, porque considero que no nos encontramos ante un proceso cuya cuantía exceda de 600.000 euros (99.831.600 pesetas). Por lo que respecta al tercer motivo, sí cabría interponer recurso de casación (porque la cuantía del proceso no excede de 600.000 euros) por interés casacional, ya que existe éste, tal y como establece el **artículo 477 de la LEC**, cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

En el presente supuesto, la sentencia recurrida se opone a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. De este modo, cabe citar la **STS de 23 febrero de 2006**, puesto que en ella se nos presenta el caso de un señor que sin conocimiento y consentimiento de su esposa, intentó aportar dos cuadernos manuscritos por ésta que constitúan su diario personal al Juzgado de Primera Instancia en el que se sustanciaba el proceso de separación conyugal seguido entre dichos cónyuges. Dicha aportación fue rechazada por el Juzgado, pese a lo cual, después, en fase de ejecución de la sentencia de separación, el marido hizo entrega de los mismos al Médico Forense, con el fin de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional los trastornos psíquicos que, según él, padecía su mujer. La mencionada sentencia sigue comentando que surge una situación muy grave para la intimidad de una persona con la incorporación a un proceso de unos

diarios íntimos, sin que exista resolución judicial que permitiera tal aportación y sin el consentimiento de la titular de los diarios. Los mismos se hicieron públicos, puesto que se pusieron en conocimiento de terceros (el médico forense, otros funcionarios judiciales que intervinieron en la tramitación del asunto, los profesionales que participaron en el proceso en defensa y representación de los litigantes...). Además, la sentencia reconoce que con ello se dan los supuestos necesarios para estimar que la intimidad de una persona ha sido atacada y violentada, como los siguientes: que ha habido una divulgación de unos escritos que afectan a la intimidad como son unos diarios personales, que por ello han llegado al conocimiento de terceras personas y que afectaban a una persona que desenvuelve su actividad en el ámbito privado. Finalmente, la citada sentencia del TS dice que nos encontramos con un típico caso de prueba ilícitamente obtenida, actuación procesal absolutamente interdictada por el **artículo 287 de la LEC**. En este caso, vemos como el Juzgado rechaza los diarios por considerarlos una prueba ilícita, y como el Tribunal Supremo sostiene lo mismo, ya que no hay consentimiento de su titular ni autorización judicial. Lo que debería haber hecho el Juez del supuesto que estamos analizando es lo mismo, es decir, no admitir la intervención de las comunicaciones, como prueba ilícita que es, y los Magistrados de la Audiencia Provincial deberían haberla inadmitido también por lo que apreciamos una contradicción entre lo resuelto por éstos y lo planteado en la sentencia del TS, siendo un caso muy similar al que estamos tratando. Igualmente, la **STS de 29 de marzo de 2007**, que trata sobre la reclamación por una entidad mercantil al comisionista de rendición de cuentas y entrega del saldo resultante, nos dice que las pruebas presentadas por la sociedad demandante y referidas a las que había ocupado en las dependencias del recurrente, contra su voluntad, violentando por tanto sus derechos de libertad y propiedad, se presentan como de ilícita procedencia al haberse accedido a las mismas por los medios no autorizados por la Ley y dispuesto de ellas en el proceso, con el designio evidente de obtener ventajas probatorias, ya que fueron tenidos en cuenta y valorados por el Tribunal. También nos dice esta sentencia que la ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y cuando se emplean medios ilícitos, como aquí ocurrió, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto no ha de ser tenida en cuenta. Igualmente en este supuesto, volvemos a apreciar la contradicción entre la doctrina jurisprudencial del TS y la recogida en la sentencia de la Audiencia Provincial que recurrimos. Insisto en que ninguna prueba obtenida de forma ilícita puede formar parte del elenco probatorio en el que va a basar el Juez su convicción. Por último, cabe citar la **STS de 2 de marzo de 2011**, en la que se dispone que “lo que trata de prevenir es la posibilidad de que se obtengan pruebas mediante procedimientos ilícitos que vulneren derechos fundamentales y que dichas pruebas logren efectividad en el proceso. La proclamada ineffectividad de las mismas queda determinada legalmente por el hecho de que se haya obtenido la prueba con infracción de un derecho fundamental de rango igual o superior al del propio derecho a la prueba”.

El **artículo 479 de la LEC** se refiere a la interposición del recurso de casación, y dice que se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla.

El **artículo 487 de la LEC** dispone que “La Sala dictará sentencia sobre el recurso de casación dentro de los veinte días siguientes al de finalización de la vista, o al señalado para la votación y fallo”.

Otra posibilidad sería interponer el recurso extraordinario por infracción procesal, regulado en el **artículo 469.1.3 de la LEC**, que dice que el recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos: “Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión”.

El **apartado 2** del mencionado artículo dispone que “Sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia”.

A tenor del **art. 469.1.3 de la LEC**, cabría alegar la vulneración de las siguientes normas legales: **art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial** (en adelante LOPJ); **art. 283.3 de la LOPJ** (ambos explicados más abajo); **artículo 287 de la LEC** (ya mencionado arriba). También se puede alegar el **art.218.2 de la LEC**, que se refiere a las normas procesales de regulación de la sentencia, ya que en la misma se expresan unos razonamientos fácticos y jurídicos que no se rigen por las reglas de la lógica y de la razón, puesto que del hecho de que una mujer sea infiel no se puede deducir que sea mejor quitarle la custodia de sus hijos, y además se valora para sustentar lo anterior una prueba que es nula. Lo último tiene su base en el **art.469.1.2 de la LEC**.

La **Disposición Final Decimosexta de la LEC** dice que “En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477. (...) “Será competente para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo” (...) “Cuando un litigante pretenda recurrir una resolución por infracción procesal y en casación, habrá de interponer ambos recursos en un mismo escrito. A la interposición de dichos recursos, les será de aplicación el plazo establecido en el artículo 479”, anteriormente citado (...) “Siempre que se interpongan contra una misma resolución recurso por infracción procesal y recurso de casación, se tramitarán ambos en un único procedimiento”(…) “Admitidos los recursos a que se refiere la regla anterior, se resolverá siempre en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal y, sólo cuando éste se desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación. En tal caso, la desestimación del recurso por infracción procesal y la decisión sobre el recurso de casación se contendrán en una misma sentencia” (...) “Contra las sentencias dictadas resolviendo recursos extraordinarios por infracción procesal y recursos de casación no cabrá recurso alguno”.

Por su parte, el **artículo 471 de la LEC**, que se refiere al **recurso extraordinario por infracción procesal**, establece que “En el escrito de interposición se expondrá razonadamente la infracción o vulneración cometida, expresando, en su caso, de qué manera influyeron en el proceso. También se podrá solicitar la práctica de alguna prueba que se considere imprescindible para acreditar la infracción o vulneración producida, así como la celebración de vista”.

Es necesario agotar la vía previa judicial para interponer el recurso de amparo, pero no solamente los recursos en sentido propio, sino también cualquier instrumento previsto por las normas procesales que resulte útil y adecuado en el caso concreto para

que los órganos judiciales puedan reparar la vulneración producida, como la rectificación y la aclaración; sin embargo, los supuestos de rectificación de errores materiales manifiestos y aritméticos y de aclaraciones de algún concepto oscuro, difícilmente podrán llegar a suponer el medio adecuado para remediar la vulneración de un derecho fundamental producida en la misma resolución que se pretende rectificar o aclarar, puesto que mediante una u otra no puede pretenderse que se modifique el contenido, la fundamentación o las declaraciones de la sentencia que puso fin al proceso.

Por otra parte, el incidente de nulidad de actuaciones, regulado en el **artículo 241 de la LOPJ**, dice que las resoluciones susceptibles de anularse serán las definitivas dictadas en única instancia o producidas en la segunda, siempre y cuando, contra ésta no exista la posibilidad de interponer recurso alguno, que no es el caso.

El TC ha establecido que la exigencia de agotar la vía previa no significa que se deba exigir la utilización de cualesquiera recursos imaginarios o legalmente inexistentes (**SSTC 120/1986, de 22 de octubre, FJ 1; 352/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 289/1993, de 4 de octubre, FJ 3**); tampoco es exigible el empleo de todos los medios posibles o imaginables, puesto que este requisito se refiere a los medios procesales que razonablemente pueden ser conocidos por las partes (**STC 143/1998, de 30 de junio, FJ 2**); y, no cabe exigir al demandante de amparo un esfuerzo desmesurado para averiguar cuáles deben ser los recursos a utilizar, sino que éstos serán los considerados generalmente como procedentes de acuerdo con la legislación procesal, sin necesidad de complejos análisis jurídicos (**211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2 y 192/2001, de 1 de octubre, FJ 3**).

Una vez agotada previamente la vía judicial procedente, cabe la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que protege violaciones de derechos fundamentales que sean imputables a actos de los poderes públicos (**artículos 42, 43 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional**, en adelante LOTC). En este caso la vulneración proviene del poder judicial.

El mencionado **artículo 44 LOTC** establece que “1.Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

- a. Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.
- b. Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.
- c. Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

2 El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial”.

Por su parte, el artículo **46.1 LOTC** dispone que “Están legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional:

- a. En los casos de los artículos 42 y 45, la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.
- b. En los casos de los artículos 43 y 44, quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”.

Es preciso añadir que no le corresponde al TC, con carácter general, valorar la forma en que los Tribunales ordinarios interpretan y aplican las leyes, y esto es así porque el mismo no controla la violación de la ley, sino la violación de la Constitución Española (en adelante CE). Su función consiste en, tal y como establece el **artículo 54 de la LOTC** “concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”.

El **artículo 55 de la LOTC** dispone que “Uno. La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

- a. Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos.
- b. Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.
- c. Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación”.

En conclusión, habría que agotar los recursos previos antes de acudir en amparo al TC.

Por otra parte, si una vez resuelto el recurso de amparo, éste fuese negativo para mi cliente, se podría acudir, ya en el ámbito europeo, al **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)**, que es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en Europa. Este órgano entiende de las violaciones de los derechos y libertades fundamentales contenidos en el **Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificado por España en 1979**. Concretamente en su **artículo 8** se dice que “1.Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Actualmente no hay jurisprudencia sobre la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito de un proceso civil.

Fuera del ámbito del proceso civil de divorcio, hay que tener en cuenta que M<sup>a</sup> Concepción es una auxiliar administrativa, por lo que está capacitada para realizar actividades como recibir documentos, atender visitas, realizar cálculos...tanto en centros privados como públicos, ejemplo de esto último sería el trabajo en una Administración Pública, que le proporcionaría la condición de funcionaria. En este caso, trabaja en un centro privado o empresa, por lo que si hay que solventar conflictos, nos moveríamos en el campo de la jurisdicción social.

A pesar de que el **artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo)** establezca que “Se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley: Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción”, pienso que M<sup>a</sup> Concepción tiene el carácter de asalariada, ya que en el supuesto se dice que continúa desempeñando el cargo en la actualidad, independientemente de los conflictos con su cónyuge, lo que da a entender que recibe un salario a cambio de su trabajo.

El empresario puede adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, tal y como establece el **artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores**, pero también hay que tener en cuenta el derecho fundamental a la intimidad personal. De este modo, cuando el empresario utiliza programas informáticos de monitorización, ejerce la facultad que le proporciona el Estatuto de los Trabajadores, con el propósito de proteger el patrimonio empresarial o la productividad de los empleados. El empleador puede establecer programas que permitan verificar que sus trabajadores llevan a cabo un uso correcto del correo electrónico, instrumento que el empresario ha puesto a disposición del empleado para el cumplimiento de su prestación laboral, pero, por otro lado, aparecen en el **artículo 18 de la CE** el mencionado derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, y en su **apartado 4** se dice que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Además, el **artículo 4.2.e. del mencionado Estatuto**, reconoce el derecho del trabajador “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad”, mientras que los **artículos 5 y 20** del mismo, delimitan las facultades de dirección y control del empresario, cuando se establece en el **artículo 5.c.** que “los trabajadores tienen como deber básico cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas” y en el **artículo 20, en su apartado 1**, que “el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario”. Es preciso citar el **artículo 64.5 del citado Estatuto**, que recoge como competencia del Comité de Empresa “la de emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo”.

La interceptación del correo electrónico constituye un hecho tipificado en nuestro **Código Penal**, en el **artículo 197.1** que nos dice que “El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

Tenemos que preguntarnos si como consecuencia de la propiedad empresarial sobre el ordenador que usa el trabajador y sobre la dirección del e-mail, el empresario puede indiscriminadamente acceder, cuando quiera y en la forma que le apetezca, al contenido de los mensajes que emite o recibe el trabajador. Pienso que el hecho de que



el ordenador y la dirección del e-mail sean propiedad del empresario, no le habilita para un acceso indiscriminado a la actividad laboral llevada a cabo por el empleado a través del e-mail, porque en este caso se verían afectados derechos fundamentales como el derecho a la intimidad (**art. 18.1 CE**), el derecho a la libertad de expresión (**art. 20.1.a. CE**) y el derecho al secreto de las comunicaciones (**art. 18.3 CE**).

A modo de ejemplo, a pesar de que en nuestro caso no hay despido, cito **la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de julio de 2005**, que se refiere a un despido nulo por vulneración del derecho a la intimidad, puesto que los hechos imputados en la carta de despido fueron conocidos por medios ilícitos atentatorios al derecho a la intimidad. La empresa utilizaba un programa espía para conocer el contenido de las comunicaciones privadas de la trabajadora. La actuación empresarial no está justificada al no existir sospechas de la comisión por la trabajadora de graves irregularidades.

Cambiando de tema y adentrándome brevemente en la naturaleza de los derechos fundamentales, cabe señalar que los mismos sirven de fundamento a todo el ordenamiento jurídico y a la propia Constitución, y que además atribuyen a sus titulares un conjunto de facultades, accionables judicialmente. Son derechos subjetivos del ciudadano, que proporcionan a este un conjunto de facultades que garantizan un status de libertad de la persona (tal y como reconoce la **STC 64/1988**), y unos valores o elementos configuradores del ordenamiento jurídico-político. La noción de derecho fundamental va mas allá de la idea de derechos humanos, en el sentido de que estos últimos son solamente los que se predicen por nuestra condición de persona, y los primeros exigen otros requisitos que afectan a la naturaleza del ordenamiento jurídico que les reconoce como tales. Además, los poderes públicos deben abstenerse de cualquier actuación que pueda ser contraria al derecho fundamental y tienen, por otra parte, un deber positivo de actuación, pues protegen los derechos fundamentales ante una determinada conducta.

Es posible afirmar que la noción de derecho fundamental encierra una cierta dosis de iusnaturalismo o de fundamentación externa o metajurídica, entendiendo por tal aquel que corresponde al desarrollo de la dignidad humana, que es esencial al ser humano, por resultar inherente al desarrollo de su personalidad; pero la noción de derechos fundamentales también comprende una dosis de positivismo, de fundamentación interna o jurídica, que se halla en relación con la idea de Constitución como norma jurídica suprema, adquiriendo la condición de derechos fundamentales por estar constitucionalmente reconocidos y garantizados, esto es, su condición de fundamentales les viene dada sólo por estar incluidos en la Constitución.<sup>1</sup>

Con respecto a su pregunta sobre **si se ve satisfecho el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso**, cabe decir lo que viene a continuación:

No hay hoy por hoy recursos de amparo donde se planteen cuestiones parecidas a las de este caso, ni en relación a la idoneidad de la madre para tener la guarda y custodia de los menores, ni en relación al tema de las pruebas obtenidas vulnerando

---

<sup>1</sup> ÁLVAREZ CONDE, E. (2004). *El sistema constitucional español de derechos fundamentales*. Anuario de derecho parlamentario, ISSN 1136-3339, nº 15, (Ejemplar dedicado al XXV aniversario de la Constitución Española), págs.118 y 121.

derechos fundamentales en el ámbito civil, que es lo que nos interesa en orden a interponer un recurso de amparo (lo cual afecta en este caso que estamos analizando al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones). Por lo tanto, se puede ver que es una materia inédita, y además presenta interés casacional, por los motivos explicados anteriormente, lo que hay que tener en cuenta. Además, estamos hablando de una materia sensible, donde se ve implicado el interés del menor, lo cual es importante. Asimismo, esta prueba de la intervención de los correos tiene especial relevancia en la decisión que toma el Juez acerca de la custodia de los menores, ya que es decisiva para que la misma le sea atribuida al padre y no a la madre.

Como señala MONTAÑÉS PARDO<sup>2</sup>, (el que sea una materia inédita) se trata de uno de los supuestos aparentemente más claros, ya que, cuando se plantean cuestiones no resueltas o no suficientemente desarrolladas por la jurisprudencia constitucional sobre el ámbito y significado de los derechos fundamentales y las libertades públicas, el recurso tendría una especial trascendencia constitucional y estaría justificada su admisión a trámite, si bien hay que precisar que la novedad no se refiere al supuesto fáctico, sino al contenido del derecho fundamental invocado y sobre el cual no hubiera aún doctrina .

Para ver si existe el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso hay que tener en cuenta las siguientes cuestiones:

1. Las personas no tienen un derecho subjetivo al recurso de amparo. Se tiene un derecho subjetivo de rango fundamental a la jurisdicción (**artículo 24.1. CE**), pero no existe nada parecido cuando se trata del amparo y de la tutela jurisdiccional constitucional, de modo que la ley puede partir de la inexistencia de ese derecho.
2. La decisión acaba por consistir en que se dota al TC de la potestad discrecional de admitir o no un recurso de amparo, pero no se dice discrecional, sino que se emplea el término recurso con “especial trascendencia constitucional”, que tiene que ser apreciado de manera positiva por el Tribunal. Éste debe tomar la decisión, no de inadmitir el recurso, sino de admitirlo.
3. El actor en la demanda de amparo tiene que exponer, sino que justificar la especial trascendencia constitucional del recurso.

**La STC 155/2009 de 25 junio 2009**, establece que “en cuanto a la especial trascendencia constitucional, el TC se remite a la nueva regulación del recurso de amparo operada por la LO 6/2007 de 24 de mayo, de la que derivan dos nuevos requisitos para la admisión del recurso. En primer lugar, y de acuerdo con el art. 49.1 in fine LOTC, el recurrente debe satisfacer la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso, toda vez que, después de dicha reforma resulta, en principio, que la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su especial trascendencia constitucional. Y en segundo lugar, corresponde al TC apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de “especial trascendencia constitucional”, es decir, aquellos casos en que (art. 50.1.b LOTC) “el contenido del recurso justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional”, atendiendo a los criterios expuestos por el propio artículo: “su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su

---

<sup>2</sup> MONTAÑÉS PARDO, M.A. (2010). *La especial trascendencia constitucional como presupuesto del recurso de amparo*. Otrosí, Nº 1, pág. 33.

general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Pues bien, para concretar y perfilar el alcance de este nuevo concepto introducido por la LO 6/2007, el TC relaciona una serie de supuestos, sin que constituyan un listado exhaustivo, definitivo y cerrado de casos, pues deja bien claro que a partir de la casuística que se presente no puede descartarse la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido.

La relación de supuestos es la siguiente: Primero: comienza con la referencia a la STC 70/2009 de 23 de marzo, FJ 1) en que se apreciaba especial transcendencia constitucional al plantearse una cuestión en la que el TC no había sentado doctrina (que planteen un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional). Pero al anterior añade los siguientes: Segundo: que el supuesto de ocasión al TC para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de alguna de estas circunstancias: 1.-un proceso de reflexión interna.-2.-el surgimiento de nuevas realidades sociales.-3.por el surgimiento de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental.-4.-O, en fin, por el surgimiento de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE. Tercero.- cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general. Cuarto.- si la vulneración del derecho fundamental trae su causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el TC considere lesiva al derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución. Quinto.- cuando la doctrina del TC sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso este siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros. Sexto.- en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina constitucional.- Séptimo.- cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque : 1- plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica, o 2-tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios”.

La **STC 165/2005 de 20 de junio 2005**, en un caso similar al que tratamos, estableció que no se ha cumplido ninguno de los requisitos exigidos para llevar a cabo una intervención telefónica. En cuanto a la proporcionalidad de la medida, sólo cabe adoptarla en relación con delitos graves y durante el tiempo indispensable, pero no se habla de delito, sino que se dice en la solicitud que la persona intervenida tiene antecedentes penales, coches de gran cilindrada y clubes de alterne, de lo que deducimos que en el caso de M<sup>a</sup> Concepción la falta de proporcionalidad aún es mayor si cabe, puesto que se produce una intervención en su correo por la mera sospecha de que puede ser infiel y además se produce en el ámbito de un proceso civil. Sigue argumentando la sentencia, respecto al requisito de la motivación de la autorización, que el Auto carece de motivación alguna. En relación con la previa existencia de indicios delictivos, dicha exigencia no puede equipararse a meras sospechas o conjeturas, no existiendo indicios delictivos, ni tan siquiera investigación, tratándose el

escrito de la policía, iniciador de la medida, de una mera conjetura basada en unos supuestos antecedentes penales, entre otras circunstancias, por lo que si lo comparamos con el caso de esta madre, deducimos que tampoco hubo motivación en el auto judicial y que se dicta con base en meras sospechas. Con respecto a la necesidad de la medida, dice la mencionada sentencia que solamente cabe acudir a ella si es realmente imprescindible, pero en el supuesto que trata la citada resolución judicial no existe el más mínimo indicio dimanante de una posible investigación, careciendo el Auto de toda motivación en relación con dicha exigencia, por lo que ese argumento también se puede aplicar al caso de M<sup>a</sup> Concepción. No se cumplieron los requisitos establecidos para acceder a la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, por lo que ha de concluirse que se trata de una prueba nula, que vicia todo el procedimiento posterior; lo mismo cabe decir del supuesto que nos ocupa.

La **STC 166/1999 de 27 de septiembre de 1999** dispone que la violación del derecho al secreto de las comunicaciones, ex art. 18.3 C.E., es sustentada por ambos recurrentes, en primer lugar, en la falta de motivación de los Autos de autorización y prórroga de las intervenciones telefónicas. Esta falta de motivación se concreta en la falta de expresión del presupuesto material, cuya existencia y exteriorización en la resolución, puede dar cobertura constitucional a las intervenciones telefónicas, que son los indicios existentes sobre la conexión de las personas investigadas con los hechos delictivos; igualmente la falta de motivación se proyecta sobre la ausencia de expresión de las razones que justifiquen la intervención, es decir, de la necesidad de la intervención para la investigación en curso. El defecto de motivación provoca, entonces, la ausencia de proporcionalidad de la medida y su ilegitimidad constitucional. En comparación con el caso de M<sup>a</sup> Concepción, podemos decir que hay una falta de motivación también en éste último.

La **STC 26/2006 de 30 de enero de 2006**, trata un caso de una interceptación telefónica. Esta resolución judicial concluye diciendo que se ha producido una lesión en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, puesto que si partimos de la premisa de que el cómputo previsto de un mes en el Auto del Juez de Instrucción, que autoriza la intervención de un teléfono móvil, comienza a correr ese mismo día, se ha producido una injerencia que no cuenta con cobertura legal. Por tanto, dado que la interceptación telefónica realizada en ese concreto lapso temporal carece de cobertura judicial, debe entenderse que es nula y, por ello mismo, que las conversaciones grabadas durante esos días no pueden desplegar efectos probatorios. En el presente caso pasa algo similar, ya que la intervención de las comunicaciones se produce retroactivamente, es decir, se transcribe el contenido de las comunicaciones habidas en el intervalo de los tres meses anteriores a la ejecución de la medida.

Por todo lo dicho, se ve satisfecho el requisito de la especial trascendencia constitucional.

Con respecto a su pregunta acerca de **si la intervención inicial del correo profesional de la demandante y recurrente en amparo es ajustada a derecho**, bajo mi punto de vista le respondo lo que sigue:

No, la intervención inicial realizada por el marido de M<sup>a</sup> Concepción no es ajustada a derecho, porque está vulnerando el **artículo 18.3 de la CE**, que reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones. A falta de consentimiento de la mujer, sería precisa una autorización judicial para poder revisar el correo. Éste está destinado solamente al uso profesional.

La **SAP de Barcelona de 24 de febrero de 2009**, remitiéndose a la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 230/2007, de 5 de noviembre, dice que esta última reitera que el derecho al secreto de las comunicaciones consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así la libertad de las comunicaciones, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación en sentido estricto, que suponga aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación, como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado, habiéndose destacado que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores. En el supuesto que analizamos, el marido de M<sup>a</sup> Concepción se entera de los nombres de los supuestos amantes de la misma.

Por otra parte, la **STC 114/84 de 29 de noviembre**, establece que la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad (de la comunicación) por terceros (públicos o privados) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

Por otro lado, el **artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

El **artículo 17.1. del Pacto de Derechos Civiles y Políticos** dice que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”. El **artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos** dispone lo mismo.

Con respecto a su pregunta sobre si los datos obtenidos a partir de esa primera intervención constituyen un indicio suficiente que permita, en el marco de un procedimiento civil, ordenar la injerencia en el secreto de sus comunicaciones electrónicas, es preciso establecer lo que sigue a continuación:

Dispone el **artículo 283.3 de la LEC** que “Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”.

Por su parte, el **artículo 11.1 de la LOPJ** dice que “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Ese indicio obtenido es nulo, porque la intervención hecha por el marido es nula en sí, por lo tanto, todo lo derivado de la misma sería nulo también, como por ejemplo, la injerencia en el secreto de las comunicaciones hecha a partir del primer indicio. Resulta de aplicación a este caso la “teoría de los frutos del árbol envenenado” (o como dice la doctrina anglosajona: “fruit of the poisonous tree doctrine”), también conocida en nuestro país con el nombre de “efecto dominó”, que dice que la prohibición de que una prueba traída al proceso, mediante menoscabo de un derecho fundamental, pueda provocar efecto procesal alguno es el límite más expreso a la búsqueda de la verdad material como fin del proceso. Son los derechos fundamentales los que prevalecen y el dominio de estos sería imposible sin la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida.

La **STC 167/2002 de 18 de septiembre**, en relación a las pruebas nulas en el ámbito penal, dispone que “el órgano judicial declaró la nulidad de la intervención telefónica autorizada por el Juzgado de Instrucción de Jijona, por falta de motivación del auto en la que se acordó, y la de todas las diligencias que tenían relación directa o indirecta con la misma, llegando a la conclusión de que todas las demás diligencias (registros domiciliarios, declaraciones de los acusados y periciales) tenían relación con la intervención telefónica y, en consecuencia, debían de ser anuladas”.

Sobre la cuestión de la validez procesal de las pruebas ilícitas, encontramos dos posturas antagónicas. La primera de ellas parte de la consideración de que siendo la finalidad fundamental del proceso la búsqueda de la verdad material, los órganos jurisdiccionales no pueden cerrar los ojos ante la realidad, privando de valor a las pruebas ilícitas a la hora de formarse su convicción sobre los hechos controvertidos objeto del proceso, sin perjuicio de que sean perseguidas, incluso criminalmente, las personas que, quebrantando la legalidad, hubieran obtenido fuentes de prueba vulnerando derechos fundamentales, a través de ciertos ilícitos perseguidos en el Código Penal. La segunda de las posiciones niega la eficacia a las pruebas ilícitas, partiendo de la creencia de que en el proceso, ya sea civil o penal, no se puede admitir la regla de que el fin justifica los medios, y que todo valga para descubrir la verdad de los hechos procesales. Pienso que la segunda postura es la más acertada.

Cabe decir que la ilicitud de la fuente de prueba es una cuestión que se ha planteado con un mayor alcance en el proceso penal, lo que no significa que no tenga repercusión en el proceso civil. Prueba de que el proceso penal no monopoliza este tema es que el primer pronunciamiento del TC fue en un asunto laboral, y no penal (**STC 114/1984 de 29 de noviembre**). Entre los sistemas continentales latinos (España, Francia, Portugal e Italia), solamente en España hay regulación de la obtención ilícita de la fuente de prueba en el proceso civil. En Italia, se hace lo mismo, pero únicamente respecto del proceso penal (artículo 191 Codice di Procedura Italiano)<sup>3</sup>. En Portugal es la Constitución la que prohíbe la práctica de prueba obtenida ilícitamente (art 32.8)<sup>4</sup> y también lo hace el Código de Processo Penal en su artículo 126<sup>5</sup>. Finalmente, en Francia

---

<sup>3</sup> (Prove illegittimamente acquisite) – “1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate”.

<sup>4</sup> “Son nulas todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, atentado a la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones”.

<sup>5</sup> “1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

no se ha legislado sobre esta materia, siendo la jurisprudencia la que ha marcado el camino para que no se practiquen en el proceso las pruebas obtenidas de manera ilícita.<sup>6</sup> Por su parte, en el continente americano, también encontramos disposiciones similares a las comentadas en relación a la inadmisión de la prueba obtenida por medios ilícitos: artículo 5 de la Constitución de Brasil<sup>7</sup> de 1988 o el artículo 29 de la Constitución de Colombia<sup>8</sup> de 1991.

En un proceso civil los intereses en juego no tienen la entidad de los del proceso penal, la ley es más limitativa en cuanto a la autorización de restricciones a derechos fundamentales con finalidad probatoria. En las condiciones del art. 261.2ª, 3ª y 5ª de la LEC, el Tribunal puede autorizar una entrada y registro en domicilios y lugares, aunque queda planteada una duda razonable, ya que dichas disposiciones no han sido aprobadas como normas de Ley Orgánica.

La intervención de las comunicaciones no es proporcionada en un caso como el que estamos tratando, porque no hablamos de materias económicas por poner un ejemplo, sino de algo tan íntimo como la vida sexual de una persona, y se hace con el fin de decidir si es una buena madre o no. Pienso que no está relacionado su vida íntima con lo buena madre que pueda llegar a ser, por ello considero que la intervención de las comunicaciones es una prueba impertinente, en los términos del **artículo 283 de la LEC.**

Tenemos más medios de prueba alternativos, sin llegar a intervenir las comunicaciones. De este modo, podrían ser citados testigos, incluso podrían comparecer con tal título los supuestos amantes de Mª Concepción; o se podrían solicitar los servicios de un detective, que elaborarse un informe, en virtud del **artículo 265.1.5 de la LEC**; incluso se podía haber requerido a Mª Concepción antes para que aportara el disco duro del ordenador o el soporte en que estén los correos.

**En cuanto a la cuestión de si la autorización judicial de la intervención de las comunicaciones electrónicas de la demandante y recurrente en amparo satisface**

---

<sup>2</sup> - São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante:

- a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;
- b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação;
- c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;
- d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;
- e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

<sup>3</sup> - Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

<sup>4</sup> - Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo”.

<sup>6</sup> La precursora fue la Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955.

<sup>7</sup> “Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”.

<sup>8</sup> “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

**los requisitos que deben cumplir las injerencias a los derechos fundamentales**, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

Tiene que haber motivación en la resolución judicial que acuerde la restricción, para que se demuestre que es necesaria la adopción de la medida de investigación acordada. Si los órganos judiciales no motivan las citadas resoluciones, infringen ya, por esta sola causa, los derechos fundamentales (**SSTC 27/1989; 13/1994; 170/1996**). Es suficiente la fundamentación que permita “conocer el motivo decisorio, excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada” (**SSTC 25/1990; 48/1991; 116/1991**). Es admisible una *fundamentación escueta*, pero siempre que de la misma aparezca que la decisión judicial responde a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad. Con la motivación lo que se pretende es que se conozcan los razonamientos que autoricen la injerencia para luego impugnar dicha resolución si se considera oportuno. La falta de motivación afecta al **art. 24.2 CE**, porque impide precisamente a la parte perjudicada conocer esas razones y afecta al principio de proporcionalidad, pues cualquiera debe de conocer los motivos por los que se autoriza tal restricción.

Dice la **STC 85/1994 de 14 de marzo**: “Desde el primer momento este Tribunal (STC 26/1981) ha declarado que «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo --añade la Sentencia--, la motivación es no solo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos»”.

Estamos hablando de un proceso de divorcio (**arts. 769 y ss. de la LEC**), que se caracteriza porque es un procedimiento verbal con contestación por escrito, por lo tanto, no hay audiencia previa. En la vista se tendrían que admitir las pruebas y practicarse las mismas, y no parece muy normal que en la misma se decidiese intervenir las comunicaciones; pudiera pensarse que se suspendió la vista para intervenirlas. De todas formas, es difícil que en una vista oral se motive tal medida, puesto que no es proporcional, solamente incumbe a la vida sexual de M<sup>a</sup> Concepción y hay otras pruebas, como comenté antes, más ajustadas. Además, se interpuso recurso de reposición, que se resolvió en el acto de la vista, de forma oral.

En el ámbito penal para que la intervención de las comunicaciones sea conforme a derecho, se necesita:

1. Previsión legislativa concreta, tratándose de una Ley Orgánica. No se contempla en el presente supuesto este requisito.
2. Motivación suficiente por el Juez. Es necesario ponderar entre el derecho fundamental y el interés que se persigue. Es precisa una justificación para no caer en arbitrariedad. No se prevé en el presente caso, como ya se ha dicho más arriba.
3. Respeto al principio de proporcionalidad, que significa que la intervención esté objetivamente justificada (razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de intervención). No se respeta este principio en el supuesto que analizamos, puesto que no nos encontramos en el ámbito penal, donde están permitidas ciertas restricciones a los derechos fundamentales, si se dan determinadas circunstancias,



como la entrada y registro en lugar cerrado o la intervención de las comunicaciones para descubrir un delito y a sus responsables, pero en un proceso civil y sobre todo con el fin de descubrir una infidelidad, la medida no está justificada por ser demasiado gravosa. Para respetar este requisito hay que valorar que se den las siguientes condiciones:

- Juicio de idoneidad: que quiere decir que la medida debe ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto.
- Juicio de necesidad: que significa que no existe otra medida más moderada ni menos restrictiva del derecho para la consecución del propósito.
- Juicio de proporcionalidad en sentido estricto: se cumple este requisito si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios que perjuicios.

Dice la **STS, de la Sala de lo Penal, de 14 de junio de 2002**, que “El fundamento justificante de la intervención se asienta, esencialmente, en el principio de proporcionalidad, pues sólo una finalidad de la suficiente relevancia podrá compensar suficientemente la gravedad de la restricción del derecho fundamental”.

No parece que la medida sea la menos restrictiva ni la más equilibrada para conseguir demostrar la idoneidad de M<sup>a</sup> Concepción para cuidar a sus hijos.

4. Que establezca un límite temporal. En el presente supuesto hay un límite temporal inconcebible, puesto que es retroactivo.
5. Control judicial de la medida. La misma debe estar supervisada por el Juez, tanto en el momento inicial de autorización de la medida, como en la fase de ejecución y en el control posterior al cese de la medida, lo que se traduce en la necesidad de su notificación una vez efectuada, para que el afectado pueda recurrirla y ejercitar de este modo su derecho de defensa. En el supuesto, el Juez inicialmente ordena la transcripción del contenido de las comunicaciones.

Por lo que respecta a la pregunta sobre **si el interés superior del niño puede erigirse como un fundamento válido para limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones**, es conveniente tener presente lo que sigue a continuación:

En estos procesos donde se dilucida sobre la guarda y custodia de los menores, así como el régimen de visitas...debe regir el principio “favor filii”, que quiere decir que tales medidas tienen que ser adoptadas teniendo en cuenta siempre el interés del niño, lo que mejor le convenga, tal y como se define en el **ATS de 7 de octubre de 2003**: “teniendo en cuenta los superiores intereses que juegan en materia de separación matrimonial, máxime habiendo hijos menores y como tales necesitados de protección, por lo que estos derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a gozar de la consideración de derechos públicos, ex art. 39.2 de la Constitución, primando, en suma, el principio “favor filii”, criterio proteccionista que debe tenerse presente en la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, así como en el conjunto de las relaciones paterno filiales. Por lo que todos los acuerdos sobre el cuidado, educación y demás cuestiones que afecten a los hijos en los casos de separación habrán de ser adoptados siempre en beneficio de los hijos”.

Siendo el interés del menor el principio que debe presidir las decisiones sobre los menores, el Juez debe buscar dicho interés, que a veces, no siempre, coincidirá con la voluntad del menor. Al llevar a cabo la exploración, el Juez debe prestar atención y leer entre líneas porque, en ocasiones, el menor se deja llevar, fruto de su inmadurez, por los caprichos o libertad que recibe de uno de los progenitores, o bien puede haber sido manipulado.

Hay sentencias que acogen la voluntad del menor por ser ésta libre, firme, razonada y autónoma (**SAP Baleares 255/2009, de 13 de julio**), así como otras que no hacen caso en absoluto a la voluntad de los mismos por estar viciada o mediatizada por la actitud negativa de un progenitor respecto de otro (**SAP Málaga 38/2008, de 30 de junio**).

La **SAP Madrid 581/2006, de 29 septiembre**, nos muestra que "lo fundamental para decidir en materia de guarda y custodia es el beneficio del menor, que es el principio básico en esta materia que viene reconocido en la Convención de los Derechos del Niño de la O.N.U., en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92, 93, 94, 151, 154, 158 y 170)."

El **artículo 9.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU de 1989** dispone que "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño".

El **artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, establece que "En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

Sin embargo, lo anterior no justifica la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, como derecho fundamental que es. Hay que ponderar si tiene más valor un derecho fundamental o el interés del menor, y en mi opinión tiene más peso el primero. Además, basándome en la jurisprudencia, considero que el hecho de que existan tales correos, no tiene porque implicar que la madre no sepa hacerse cargo de sus hijos ni que sea un mal ejemplo, hasta el punto de que un Juez considere que puede incidir de forma negativa en su educación si viven junto a ella. Dice la **STS de 23 de febrero de 2006** que "La tesis casacional mantenida en este motivo radica en afirmar que debe prevalecer el derecho de protección de los intereses de un menor -los de la hija para fijar el derecho de visita- sobre la intimidad de la madre.

Esto es inadmisibile, ya que con ello se está elevando a la categoría de derecho fundamental un derecho, muy apreciado, pero que no está dentro del elenco de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la Constitución Española. Por ello, decir "que el interés del propio menor debe prevalecer sobre el derecho al honor de la madre que se dice infringido" (sic) no deja de ser una incorrección jurídica, por cuanto el interés del menor se ha de buscar por todos los medios que no sean infringir derechos fundamentales u ordinarios de terceros".

María Concepción no se dedica a la prostitución, sin embargo es preciso citar la **Sentencia de 22 de noviembre de 2006 de la Audiencia Provincial de Madrid**, que establece que "No se ha probado que al momento actual de la existencia del presente

procedimiento dicha Sra. se dedique a ello; sea como se quiera, no se ha probado que en el hipotético supuesto de tal ejercicio, ello redunde en perjuicio de la hija; y, finalmente, lo que consta en autos es que D<sup>a</sup>. María Teresa está cuidando bien a su hija Sonia. Al respecto, cabría aquí y ahora recordar la doctrina jurisprudencial existente desde abril de 1986 que dice: "la infidelidad de ella no es per se motivo suficiente para privar a la madre de la guarda de la hija menor, ya que ello no indica una incapacidad para su educación."

Por su parte, la **Sentencia de 2 de diciembre de 2008 de la Audiencia Provincial de Murcia** dice que "el interés preponderante de los mismos (de los menores) ha de presidir cualquier medida judicial, pero, igualmente, no yerra el Juzgador de instancia al concluir en su sentencia afirmando que: "(...) ni se ha probado que la madre lo someta a ambientes que puedan perjudicarle".

Cabe decir que si en un proceso de paternidad no es obligatorio hacerse una prueba biológica, independientemente de la valoración del Juez de la negativa a someterse a tal prueba, y está también en juego el interés del hijo, mucho menos podría exigirse en un caso como este, la intervención de las comunicaciones para quitarle la custodia de los hijos a una madre, basándonos en meras sospechas y especulaciones, pues de la vida sexual de una madre no tiene porque derivarse necesariamente que no cuide bien a sus hijos, de igual modo que tampoco consta que el marido de M<sup>a</sup> Concepción haya probado que los menores estén mal atendidos; si durante el matrimonio de ambos, los menores estaban en debidas condiciones, el divorcio de los cónyuges por los motivos que sean, no tiene porque implicar que luego no lo estén. Insisto en que es una medida desproporcionada totalmente y en que hay otras pruebas que se pueden practicar y que serían pertinentes, las cuales ya fueron citadas anteriormente.

Para tutelar el interés del menor hay otras vías, que yo considero una prueba complementaria: en el presente caso a los hijos menores debería dárseles audiencia, según los **artículos 92.2 y 159 del Código Civil**, en relación a las medidas judiciales que les conciernan, como el régimen de custodia o visitas. Dispone el primer artículo citado que "El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos" y el segundo dice que "Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírán, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años".

El **artículo 9 de la anteriormente mencionada Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor** nos dice, en relación al derecho a ser oído, que "1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos”.

Por su parte, el **artículo 770 de la LEC** regula el procedimiento a seguir en las demandas de separación, divorcio y nulidad contenciosas. A tenor del **apartado cuarto** del mismo: “Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años”.

Para concluir, quisiera decir que me llama la atención que en el supuesto de hecho no se nombre para nada al Ministerio Fiscal, a pesar de que interviene en los procesos matrimoniales, pues su deber es proteger el interés del menor, en tales procesos (**art.749.2 LEC**). Asimismo, también me resulta extraño que el Ministerio Fiscal, como defensor de los derechos y libertades y como garante del principio de legalidad que es, no haga alegaciones sobre la nulidad de la prueba ordenada por el Juez consistente en la intervención de las comunicaciones.

La **Circular n.º 3/1986 de Fiscalía General del Estado, 15 de diciembre de 1986**, referente a la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio, dispone que:

“Cuando sea necesario para formular una petición de custodia se podrán solicitar informes de conducta de los cónyuges a la Policía Judicial; si el Juez no la admitiere puede hacerse directamente, y aportarse como prueba en el período correspondiente, para lo que habrá que solicitar el informe con tiempo suficiente.

Como prueba pericial, siempre que resulte necesario, conviene recabar el asesoramiento de psicólogos o asistentes sociales. Su dictamen será un elemento más a la hora de formular una petición en orden a la entrega de los menores a uno u otro cónyuge, que habrá de completarse con el resto de datos y también con el sentido común, pero sin “psiquiatrizar” excesivamente esta materia”.

Letrada Ana M<sup>a</sup> Fernández López

## AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Don Óscar López Álvarez, Procurador de los Tribunales, que actúa en nombre y representación de Doña M<sup>a</sup> Concepción González Aguilar, mayor de edad, divorciada, con domicilio en C/Juana de Vega, 30, 2º Izq., según se acredita con la copia del poder para pleitos que se acepta, y oportunamente se acompaña con ruego de devolución de la original previo testimonio bastante en las actuaciones, por necesitarse para otros usos, ante ese ALTO TRIBUNAL comparezco, y como mejor en Derecho proceda, DIGO:

Que por medio del presente escrito, y siguiendo las instrucciones de mi representado, vengo a deducir **RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL** contra la sentencia de fecha 10 de enero de 2013, por la que se desestimaron los recursos de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal interpuestos el 10 de octubre de 2012, contra la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, de fecha 30 de septiembre de 2012, que resolvió el recurso de apelación n.º 1453/2012, dimanante de Juicio de divorcio n.º 34543/ 343012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de los de A Coruña .

## PRESUPUESTOS

### 1.- Objeto.

Se invoca el **derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución Española** (en adelante CE), por haberse intervenido las comunicaciones de Doña M<sup>a</sup> Concepción González Aguilar sin su consentimiento y sin una autorización judicial válida, debido a que se concede la misma no respetando el principio de proporcionalidad inherente a toda medida que suponga una injerencia en un derecho fundamental y además se emite dicha autorización con base en meras sospechas obtenidas a través de un indicio nulo, como es la intervención del correo de la actora por su marido sin permiso.

Con arreglo a lo prevenido en el **art. 53.2 CE, y el art. 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional** (en adelante LOTC), es de los derechos subjetivos fundamentales reconocidos en la norma suprema cuya infracción autoriza el recurso de amparo como una de sus vías de tutela especial.

El acto jurídico de poder público tiene su origen en resolución de órgano judicial.

### 2.- Legitimación.

En el proceso civil en que recayeron las resoluciones judiciales que se debaten, fue parte mi representada en calidad de actora, por lo cual se halla legitimada en esta causa especial de amparo ex **art. 46.1.b) LOTC**.

### **3.- Subsidiariedad.**

Se han agotado, en defensa del derecho lesionado, los recursos utilizables en vía judicial (**art. 44.1.a LOTC**), puesto que la vulneración se manifiesta en la resolución del recurso de casación y del extraordinario por infracción procesal, sin que quepan más recursos, como se expone en la fundamentación jurídica.

### **4.- Protesta previa.**

Ha sido tempestiva e insistente la alegación de haber sido violado el derecho fundamental invocado, puesto que se realizó tan pronto como se evidenció factible la violación y fue posible a esta parte; así se hizo ante el Juez de 1ª Instancia, interponiendo el correspondiente recurso de reposición (**art.287 Ley de Enjuiciamiento Civil**, en adelante LEC); más tarde al interponer recurso de apelación (**arts. 455 y siguientes de la LEC**); y finalmente ante el Tribunal Supremo (**Disp. Final 16º LEC**).

### **5.- Plazo.**

El recurso de amparo se presenta dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se notificó a mi representado por la Sala del Tribunal Supremo la sentencia de fecha 10 de enero de 2013 (**art. 44.2 LOTC**).

### **6.- Requisitos formales.**

Se expondrán con la debida claridad los hechos de la reclamación, así como su fundamentación jurídica, concretándose cuál es el derecho que se considera vulnerado, y establecerá cuál es la pretensión formulada para restablecerlo o preservarlo (**arts. 49.1 y 85.1 LOTC**).

Al objeto de la necesaria resolución de admisión a trámite del presente recurso de amparo, de conformidad con el **art. 49.1 ‘in fine’ LOTC**, se procederá a justificar la especial transcendencia constitucional del recurso, digna de ser apreciada atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación, o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

### **7.-Documentación.**

Se acompaña, en cumplimiento del **art 49.2. a) LOTC** el documento que acredita la representación del solicitante del amparo y en cumplimiento del **art. 49.2.b) LOTC**, testimonio de la sentencia del Tribunal Supremo, como **documentos uno y dos, respectivamente**.

Igualmente, se aportan dos copias literales de esta demanda y precitados documentos, para la parte contraria en el previo proceso, y una más para el Ministerio Fiscal (**art. 49.3 LOTC**).

### **8.- Postulación.**

Esta parte comparece representada mediante el Procurador de los Tribunales habilitado en A Coruña cuyo poder se ha hecho mención, y dirigida por la Letrada en ejercicio

Doña Ana M<sup>a</sup> Fernández López, colegiada n. ° 25.457 del Iltre. Colegio de Abogados de A Coruña, y que tiene despacho abierto en C/Linares Rivas 50, 4º Izq. (**art. 81 LOTC**).

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Don José, el ex marido de mi representada, revisó sin consentimiento de la misma su correo, el cual estaba destinado a usos profesionales, debido a que ambos trabajan juntos en una gestoría propiedad de él. Con esa intervención, D. José supuestamente descubrió ciertas infidelidades de su esposa.

**SEGUNDO.-** Por el Procurador Sr. Óscar López Álvarez se presentó con fecha 7 de noviembre de 2011 demanda de divorcio, basada en que mi mandante, Doña M<sup>a</sup> Concepción, a la vista de los hechos relatados anteriormente, declaró desaparecida la “affectio maritalis”, solicitando a la vez una serie de medidas: pensión compensatoria, pensión de alimentos, régimen de visitas, etc.

**TERCERO.-** Ante la sospecha de que mi mandante llevaba una vida sexual promiscua que podría perjudicar el bienestar de los dos hijos menores, D. José solicitó la intervención de las comunicaciones de la cuenta de correo de Doña M<sup>a</sup> Concepción. El Juez admitió la prueba y ordenó la transcripción del contenido de las comunicaciones habidas en el intervalo de los tres meses anteriores a la ejecución de la medida, quedando evidenciado que mi patrocinada ha sido infiel a su cónyuge

**CUARTO.-** Doña M<sup>a</sup> Concepción se opuso a la práctica de la prueba porque vulneraba su derecho a la intimidad. El Juez resolvió el recurso de reposición en el sentido de considerar lícita la prueba.

**QUINTO.-** La sentencia de primera instancia, de 16 de diciembre de 2011, concedió la custodia de los menores a D. José, declarando asimismo disuelto el vínculo matrimonial, entre otras medidas. En el fallo, el Juez argumentó que el comportamiento sexual inestable de la demandante podía repercutir negativamente en la educación de sus hijos.

**SEXTO.-** M<sup>a</sup> Concepción interpuso recurso de apelación, reproduciendo la impugnación de la prueba ilícita. Alegó que la injerencia en su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no está prevista en la ley para esa finalidad y que es una medida desproporcionada. El Tribunal no apreció vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y, por tanto, en sentencia de 30 de septiembre de 2012 confirmó la de primera instancia.

**SÉPTIMO.-** Mi patrocinada interpuso recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo en fecha 10 de octubre de 2012 (la sentencia que resuelve ambos se acompaña a este recurso de amparo). Ante la desestimación de ambos recursos por sentencia de 10 de enero de 2013, mi mandante decidió recurrir en amparo ante este Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO. Procedimiento.**

El presente recurso de amparo debe ser conocido por una de las Salas del Tribunal Constitucional, o en su caso, por la Sección correspondiente, del Tribunal Constitucional, al que me honra el que pueda dirigirme, y se sustanciará con arreglo a las prevenciones de los **arts. 48 a 52 LOTC**.

### **SEGUNDO. Causa del amparo.**

1. En la sentencia dictada por el Tribunal Supremo se cometió una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de mi mandante. En primera instancia se adopta una resolución judicial en la que se atribuye la custodia de los hijos de M<sup>a</sup> Concepción y D. José a éste último, entre otras medidas, basándose la decisión en una prueba nula, obtenida con vulneración de derechos fundamentales, en concreto el derecho al secreto de las comunicaciones, ya que el Juez de Primera Instancia ordena la intervención de las comunicaciones de mi patrocinada, con base en una mera sospecha de D. José de que su mujer le era infiel, sospecha que tiene por haber mirado él mismo el correo de M<sup>a</sup> Concepción, destinado solamente a usos profesionales, sin su permiso y sin una autorización judicial. Por lo tanto, la intervención ordenada por dicho Juez, y la consiguiente prueba obtenida es nula por derivar de una intervención previamente realizada por su marido, nula también. Es de aplicación a este extremo la “teoría de los frutos del árbol envenenado”, que sostiene que toda prueba obtenida mediante el quebrantamiento de una norma constitucional, aun cuando lo sea por efecto reflejo o derivado, será ilegítima como el quebrantamiento que la originó. La exclusión de la prueba abarca no sólo a la prueba en sí, sino la que deriva de la misma. Esta tesis se fundamenta en la preponderancia que debe existir en el respeto de los derechos fundamentales de las personas, lo que no se lograría en forma efectiva, si se le da validez al fruto de la violación constitucional. La sentencia de primera instancia es confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial de A Coruña.

2. La **Sentencia del Tribunal Constitucional STC 230/2007 de 5 de noviembre, entre otras muchas (STC 123/2002, de 20 de mayo; STC 114/1984, de 29 de noviembre; Sentencia 56/2003 de 24 Mar. 2003)** dice que el derecho al secreto de las comunicaciones consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así la libertad de las comunicaciones, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación en sentido estricto, que suponga aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación, como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado, habiéndose destacado que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores. En el supuesto que analizamos, el



marido de M<sup>a</sup> Concepción se entera de los nombres de los supuestos amantes de la misma.

3. El **artículo 11.1 de la LOPJ** dice que “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Asimismo, el **artículo 283.3 de la LEC** establece que “Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”.

Estamos en el ámbito del proceso civil, donde los intereses en juego no tienen la entidad de los del proceso penal, y por tanto, la ley es más limitativa en cuanto a la autorización de restricciones a derechos fundamentales con finalidad probatoria. Por ejemplo, en las condiciones del **art. 261.2<sup>a</sup>, 3<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup> de la LEC**, el Tribunal puede autorizar una entrada y registro en domicilios y lugares, aunque queda planteada una duda razonable, ya que dichas disposiciones no han sido aprobadas como normas de Ley Orgánica.

La medida que ordene la injerencia en un derecho fundamental tiene que ser proporcionada (no hay disposiciones en este ámbito aplicables al proceso civil ni jurisprudencia, pero en el proceso penal se necesita, de acuerdo con la doctrina, el respeto al principio de proporcionalidad, en su triple vertiente: juicio de idoneidad, es decir, que sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto; juicio de necesidad, esto es, que no exista otra medida más moderada ni menos restrictiva del derecho para la consecución del propósito y juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que quiere decir que la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios que perjuicios). Dice la **STS, de la Sala de lo Penal, de 14 de junio de 2002**, que “El fundamento justificante de la intervención se asienta, esencialmente, en el principio de proporcionalidad, pues sólo una finalidad de la suficiente relevancia podrá compensar suficientemente la gravedad de la restricción del derecho fundamental”. Además el auto que acuerde la medida debe estar motivado (siguiendo también lo dispuesto para el ámbito del proceso penal), lo que no sucede en este caso, ya que en un proceso de divorcio, que se caracteriza porque es un procedimiento verbal, no hay audiencia previa, y en el acto de la vista se propusieron pruebas y practicaron las mismas, llegándose a suspender la vista por la necesidad de intervenir las comunicaciones de mi mandante, lo que se hizo con toda irregularidad, por lo que se interpuso por la misma recurso de reposición en los términos del **art. 287 de la LEC**, que fue desestimado; incluso se produjo indefensión para mi patrocinada al no practicarse pruebas destinadas a demostrar la ilicitud de la prueba, en los términos de este último artículo. Dice la **STC 85/1994 de 14 de marzo**: “Desde el primer momento este Tribunal (STC 26/1981) ha declarado que «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo --añade la Sentencia--, la motivación es no solo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos». Continuando con lo aplicable en el proceso penal, que con mayor razón habrá que aplicar a un proceso civil, cabe decir que la medida tiene que establecer un límite

temporal. En el presente supuesto, hay un límite temporal inconcebible, puesto que es retroactivo, tres meses hacia atrás. La **STC 26/2006 de 30 de enero de 2006**, trata un caso de una interceptación telefónica. Esta resolución judicial concluye diciendo que se ha producido una lesión en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, puesto que si partimos de la premisa de que el cómputo previsto de un mes en el Auto del Juez de Instrucción, que autoriza la intervención de un teléfono móvil, comienza a correr ese mismo día, se ha producido una injerencia que no cuenta con cobertura legal. Por tanto, dado que la interceptación telefónica realizada en ese concreto lapso temporal carece de cobertura judicial, debe entenderse que es nula y, por ello mismo, que las conversaciones grabadas durante esos días no pueden desplegar efectos probatorios. Lo anterior es plenamente aplicable a nuestro supuesto.

También hay vulneración del **artículo 218.2 de la LEC**, que se refiere a las normas procesales de regulación de la sentencia, ya que en la sentencia de primera instancia se expresan unos razonamientos fácticos y jurídicos que no se rigen por las reglas de la lógica y de la razón, puesto que del hecho de que una mujer sea infiel no se puede deducir que sea mejor quitarle la custodia de sus hijos y además se valora para sustentar lo anterior una prueba que es nula. Consideración que estima correcta la sentencia del Tribunal Supremo que se recurre.

4. En este caso estamos tratando una materia tan sensible como la vida sexual de una persona, lo que pone de manifiesto que la prueba antedicha es impertinente, en los términos del **art. 283 de la LEC**. Existen más medios de prueba alternativos, sin llegar a intervenir las comunicaciones. De este modo, podrían ser citados testigos, incluso podrían comparecer con tal título los supuestos amantes de M<sup>a</sup> Concepción; o se podrían solicitar los servicios de un detective, que elaborarse un informe, en virtud del **artículo 265.1.5 de la LEC**; incluso se podía haber requerido a M<sup>a</sup> Concepción antes para que aportara el disco duro del ordenador o el soporte en que estén los correos.

5. Por la resolución judicial que se impugna, mi mandante se ha visto privada de la custodia de sus dos hijos menores, lo que no es aceptable en modo alguno. Debido a la posible alegación en contrario de que el interés del menor justifica la medida propuesta, esta parte se aventura a alegar que si bien es cierto que el interés del menor es primordial en estos procesos donde se dilucida sobre la guarda y custodia de los menores, así como el régimen de visitas... tal y como se establece en el **ATS de 7 de octubre de 2003**: “teniendo en cuenta los superiores intereses que juegan en materia de separación matrimonial, máxime habiendo hijos menores y como tales necesitados de protección, por lo que estos derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a gozar de la consideración de derechos públicos, ex art. 39.2 de la Constitución, primando, en suma, el principio "favor filii", criterio proteccionista que debe tenerse presente en la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, así como en el conjunto de las relaciones paterno filiales. Por lo que todos los acuerdos sobre el cuidado, educación y demás cuestiones que afecten a los hijos en los casos de separación habrán de ser adoptados siempre en beneficio de los hijos”; no es menos cierto que lo anterior no justifica la vulneración del derecho al secreto de las

comunicaciones, como derecho fundamental que es. Dice la **STS de 23 de febrero de 2006** que “La tesis casacional mantenida en este motivo radica en afirmar que debe prevalecer el derecho de protección de los intereses de un menor -los de la hija para fijar el derecho de visita- sobre la intimidad de la madre. Esto es inadmisibile, ya que con ello se está elevando a la categoría de derecho fundamental un derecho, muy apreciado, pero que no está dentro del elenco de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la Constitución Española. Por ello, decir "que el interés del propio menor debe prevalecer sobre el derecho al honor de la madre que se dice infringido" (sic) no deja de ser una incorrección jurídica, por cuanto el interés del menor se ha de buscar por todos los medios que no sean infringir derechos fundamentales u ordinarios de terceros”.

### **TERCERO. Especial trascendencia constitucional del recurso de amparo.**

No hay hoy por hoy recursos de amparo donde se planteen cuestiones parecidas a las de este caso en relación al tema de las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales en el ámbito civil (lo que contrasta con la abundante jurisprudencia que hay en el ámbito penal sobre este asunto), que es lo que nos interesa en orden a interponer un recurso de amparo (lo cual afecta en este supuesto que estamos analizando al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y toda vulneración de un derecho fundamental, cumpliendo determinados requisitos tales como el de justificar la especial relevancia constitucional del recurso, debería tener acceso al Tribunal Constitucional). Por lo tanto, se puede ver que es una materia inédita, y además presenta interés casacional, a pesar de que el Tribunal Supremo ha desestimado el recurso. Asimismo, cabe decir que esta prueba de la intervención de los correos tiene especial relevancia en la decisión que toma el Juez acerca de la custodia de los menores, ya que es decisiva para que la misma le sea atribuida al padre y no a la madre.

El **art.477 de la LEC** dice que “hay interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”.

En el presente supuesto, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña se opone a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. De este modo, cabe citar la **STS de 23 febrero de 2006**, puesto que en ella se nos presenta el caso de un señor que sin conocimiento y consentimiento de su esposa, intentó aportar dos cuadernos manuscritos por ésta que constituían su diario personal al Juzgado de Primera Instancia en el que se sustanciaba el proceso de separación conyugal seguido entre dichos cónyuges. Dicha aportación fue rechazada por el Juzgado, pese a lo cual, después, en fase de ejecución de la sentencia de separación, el marido hizo entrega de los mismos al Médico Forense, con el fin de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional los trastornos psíquicos que, según él, padecía su mujer. La mencionada sentencia sigue comentando que surge una situación muy grave para la intimidad de una persona con

la incorporación a un proceso de unos diarios íntimos, sin que exista resolución judicial que permitiera tal aportación y sin el consentimiento de la titular de los diarios. Los mismos se hicieron públicos, puesto que se pusieron en conocimiento de terceros (el médico forense, otros funcionarios judiciales que intervinieron en la tramitación del asunto, los profesionales que participaron en el proceso en defensa y representación de los litigantes...). Además, la sentencia reconoce que con ello se dan los supuestos necesarios para estimar que la intimidad de una persona ha sido atacada y violentada, como los siguientes: que ha habido una divulgación de unos escritos que afectan a la intimidad como son unos diarios personales, que por ello han llegado al conocimiento de terceras personas y que afectaban a una persona que desenvuelve su actividad en el ámbito privado. Finalmente, la citada sentencia del TS dice que nos encontramos con un típico caso de prueba ilícitamente obtenida, actuación procesal absolutamente interdictada por el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso, vemos como el Juzgado rechaza los diarios por considerarlos una prueba ilícita, y como el Tribunal Supremo sostiene lo mismo, ya que no hay consentimiento de su titular ni autorización judicial. Lo que debería haber hecho el Juez del supuesto que estamos analizando es lo mismo, es decir, no admitir la intervención de las comunicaciones, como prueba ilícita que es, y los Magistrados de la Audiencia Provincial tampoco deberían admitirla. Igualmente, la **STS de 29 de marzo de 2007**, que trata sobre la reclamación por una entidad mercantil al comisionista de rendición de cuentas y entrega del saldo resultante, nos dice que las pruebas presentadas por la sociedad demandante y referidas a las que había ocupado en las dependencias del recurrente, contra su voluntad, violentando por tanto sus derechos de libertad y propiedad, se presentan como de ilícita procedencia al haberse accedido a las mismas por los medios no autorizados por la Ley y dispuesto de ellas en el proceso, con el designio evidente de obtener ventajas probatorias, ya que fueron tenidos en cuenta y valorados por el Tribunal. También nos dice esta sentencia que la ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y cuando se emplean medios ilícitos, como aquí ocurrió, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto no ha de ser tenida en cuenta. Igualmente en este supuesto, volvemos a apreciar la contradicción entre la doctrina jurisprudencial del TS y la recogida en la sentencia de la Audiencia Provincial que hemos recurrido. Insisto en que ninguna prueba obtenida de forma ilícita puede formar parte del elenco probatorio en el que va a basar el Juez su convicción. Por último, cabe citar la **STS de 2 de marzo de 2011**, en la que se dispone que “lo que trata de prevenir es la posibilidad de que se obtengan pruebas mediante procedimientos ilícitos que vulneren derechos fundamentales y que dichas pruebas logren efectividad en el proceso. La proclamada ineffectividad de las mismas queda determinada legalmente por el hecho de que se haya obtenido la prueba con infracción de un derecho fundamental de rango igual o superior al del propio derecho a la prueba”.

Por otro lado, la **STC 155/2009 de 25 junio 2009**, establece que “en cuanto a la especial trascendencia constitucional, el TC se remite a la nueva regulación del recurso de amparo operado por la LO 6/2007 de 24 de mayo, de la que deriva dos nuevos

requisitos para la admisión del recurso. En primer lugar, y de acuerdo con el art. 49.1 in fine LOTC, el recurrente debe satisfacer la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso, toda vez que, después de dicha reforma resulta, en principio, que la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su especial trascendencia constitucional. Y en segundo lugar, corresponde al TC apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de “especial trascendencia constitucional”, es decir, aquellos casos en que (art. 50.1.b LOTC) “el contenido del recurso justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional”, atendiendo a los criterios expuestos por el propio artículo: “su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales (...)La relación de supuestos es la siguiente: Primero: comienza con la referencia a la STC 70/2009 de 23 de marzo, FJ 1) en que se apreciaba especial trascendencia constitucional al plantearse una cuestión en la que el TC no había sentado doctrina (que planteen un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional).

#### **CUARTO. Agotamiento de los medios impugnatorios jurisdiccionales.**

Cabe decir que el empleo de los recursos frente a las resoluciones judiciales que se tildan de vulneradoras de derechos fundamentales, exigible para que no se malogre el examen de la tutela constitucional en sede de amparo, por no haberse concedido oportunidad a los órganos de la jurisdicción de ejercer la tutela genérica de derechos y libertades que les compete, en la recta hermeneusis del **art. 44.1.a) LOTC (SSTC 169/1999 de 27 de septiembre, FJ 3.º; 178/2000 de 26 de junio, FJ 3.º)**, no son todos los que imaginar se pueden, conforme a las normas positivas, práctica forense, y doctrina científica. Los recursos exigibles son los que puedan ser conocidos y ejercitables por los litigantes, sin necesidad de superar dificultades interpretativas fuera de lo razonable.

La **STC 72/1982** dice que “el TC ha de partir de los hechos tenidos como probados por la sentencia impugnada, aunque el TC puede reflexionar sobre ellos en los términos indicados por la STC 46/82, de 12 de julio, ya que, como allí se dice, la prohibición de conocer de los hechos concierne a la acepción técnico procesal de este vocablo, que alude a la atribución de competencia, sin que afecte al posible análisis reflexivo de los antecedentes”.

La **STC 74/1983** establece que “Partiendo de los hechos declarados probados por las resoluciones judiciales impugnadas, el TC ha de limitar su contenido a constatar si se ha producido una violación de un derecho o libertad fundamental imputable en el caso concreto a la actuación de un órgano judicial”.

Se interpuso recurso de casación por interés casacional (**art.477.2.3. LEC**) y también recurso extraordinario por infracción procesal (**art.469.1.3 y 469.1.2 LEC**), siendo desestimados ambos, por lo que agotándose la vía judicial (**Disp. Final 16º LEC**), solamente cabe recurso de amparo ante este Tribunal al que me honra dirigirme.

### **QUINTO. Petición que se formula.**

La resolución que se combate, y cuya nulidad se interesa, es la sentencia del Tribunal Supremo, y el efecto de la estimación del amparo frente a la sentencia indicada supone, por la invalidez derivada de haber desconocido el derecho al secreto de las comunicaciones, que quede sin efecto la misma y las dictadas en segunda y en primera instancia que contienen idéntica vulneración.

Por ello, deben retrotraerse las actuaciones hasta el momento previo al dictado de la sentencia por el Juzgado de Primera Instancia n. ° 2 de los de A Coruña, en autos de juicio de divorcio n. ° **34543/ 343012**.

En virtud de lo expuesto,

**SUPLICO AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL** que, teniendo por presentado este escrito, con sus copias y documentos acompañados, y por interpuesta demanda de recurso de amparo por quien comparezco, se digne tenerme por personado y parte en la representación que ostento, y admitir el recurso, y seguido que sea su regular trámite, dicte sentencia por la que:

- 1.- Se otorgue a Doña M<sup>a</sup> Concepción González Aguilar el amparo solicitado, con reconocimiento expreso de su derecho al secreto de las comunicaciones.**
- 2.- Se declare la nulidad de la sentencia de fecha 10 de enero de 2013 dictada por el Tribunal Supremo, la nulidad de la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2012, dictada por la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña, y de la sentencia de primera instancia de fecha 16 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n°2 de A Coruña, por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por admitir una prueba ilícitamente obtenida.**
- 3.- Se decrete la retroacción de actuaciones al momento de dictar la sentencia de primera instancia, sin que puedan ser considerados en el fallo los hechos derivados de la prueba ilícitamente obtenida.**

Es Justicia que pido en A Coruña, a 14 de enero de 2013.

Firma de Abogado y número de colegiado: n. ° 25.457



Firma del Procurador:

NÚMERO 2345543

En A Coruña, mi residencia, a 15 de marzo de 2010.

Ante mí, Alberto Ruiz López, Notario del Ilustre Colegio de A Coruña.

### COMPARECE

Doña M<sup>a</sup> Concepción González Aguilar, mayor de edad, de profesión auxiliar administrativa, de estado civil casada , vecina de A Coruña , domiciliada en Calle C/Juana de Vega, 30, 2º Izq., con D.N.I. número 37334176 M .

### INTERVIENE

En su propio nombre y derecho.

Le identifico por su documento nacional de identidad.

Tiene a mi juicio capacidad legal para otorgar la presente escritura de APODERAMIENTO, a cuyo efecto:

### EXPONE Y OTORGA

Que por medio del presente instrumento público confiere poder, tan amplio como fuere necesario en Derecho, a favor de:

A) Procuradores de los Tribunales de:

A Coruña: Don Óscar López Álvarez; Doña Uxía Campos Rodríguez y Don Julio Gómez Castillo.

B) Letrados, en cuanto lo permita su estatuto profesional:

A Coruña: Doña Ana M<sup>a</sup> Fernández López, Don Santiago Gómez Echevarría

### FACULTADES

*Comparecer como actor, demandado, litisconsorte, tercero interviniente, sustituto o sucesor procesal, cualquiera que sea la causa u origen de su intervención como sujeto o parte procesal, en nombre de **Doña M<sup>a</sup> Concepción González Aguilar**, ante los Juzgados, Tribunales, Fiscalías, Juntas, Jurados, Sindicatos, Corporaciones, Administración y demás Organismos, Autoridades y Funcionarios ordinarios o extraordinarios, especiales, excepcionales o únicos, de cualquier grado y competencia, incluidos los distintos ámbitos territoriales dentro del territorio nacional o supranacionales, y cualquiera que sea la jurisdicción ya civil, penal, contencioso-administrativa, incluidas las vías previas administrativas o económico-administrativa o tributarias, social o laboral, eclesiástica, constitucional, u otro cualquiera, común, especial o única, y al efecto, poder intervenir y actuar en toda clase de expedientes, de procedimientos y de procesos, ya ordinarios, ordinarios con*

*especialidades, o especiales, y al efecto poder seguirlos por todos sus trámites desde el acto inicial o iniciador del mismo, incluida la demanda, ya ordinario, ya sucinta, en ejercicio de todo tipo de petición de tutela jurisdiccional, incluidas las declarativas, constitutivas, de condena, ejecutivas o cautelares, y cualesquiera otras permitidas por las leyes, o la defensa frente a dichas peticiones de tutela, siguiéndolos por todos los trámites, fases o instancias, incidentes y recursos, incluidos los de casación, revisión, recurso extraordinario de infracción procesal, incidente excepcional de nulidad de actuaciones, amparo constitucional, demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y cualquier otro medio de impugnación o rescisión de resoluciones, incluida la audiencia al demandado rebelde y terminarlos mediante la obtención de resolución firme que corresponda y, en su caso, su ejecución y cumplimiento hasta la total satisfacción de la tutela jurisdiccional solicitada o interesada.*

*Consecuentemente con lo anterior, podrán celebrar antejuicios, y cualesquiera actos preparatorios del proceso, ya potestativos o preceptivos, incluidos el acto de conciliación y las diligencias preliminares, cualquiera que sea el resultado, pudiendo solicitar copias y testimonios de las actas y resoluciones que se dictasen; presentar, ratificar, reiterar y retirar cualesquiera escritos y documentos; instar u oponerse a la abstención o recusación de jueces y magistrados, miembros del Ministerio Fiscal, del Cuerpo de Secretarios Judiciales, del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, de Tramitación Procesal y Administrativa, del Cuerpo de Auxilio Judicial al servicio de la Administración de Justicia y peritos, y demás personal jurisdicente, o de autoridades en general; solicitar o practicar cualesquiera, incluso de carácter personal; recibir, realizar, intervenir o ejecutar, en la forma y con los medios previstos legalmente, cualesquiera actos de comunicación y de auxilio judicial; intervenir en cuantas comparecencias prevean las leyes, con denuncia o impugnación u oposición a la denuncia de óbices o presupuestos procesales de todo tipo, incluidos la jurisdicción, la competencia, la capacidad procesal, la acumulación de acciones de todo tipo, la acumulación de autos, los intentos de transacción o conciliación previstos legalmente, la subsanación de defectos procesales e integración de la litis; someterse a competencias o acordar la sumisión a arbitraje; oponerse a la demanda o a las alegaciones con cualquiera de las conductas posibles y admitidas en derecho, incluida la reconvencción; proponer y practicar pruebas, incluido con carácter anticipado; tachar testigos y peritos; formular resúmenes de prueba o conclusiones; instar, promover e intervenir en diligencias finales; solicitar suspensiones procesales y, en particular, de la suspensión del curso de los autos, del procedimiento o de la vista; solicitar promover o pedir cualesquiera medidas cautelares, y en particular, pedir, prestar, cancelar y retirar embargos, anotaciones preventivas, depósitos y fianzas, mandamientos de pago, cobrar, consignar y pagar créditos en metálico o por cualquier otro medio*



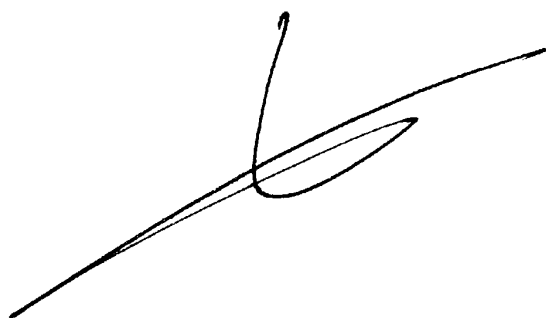
*admitido en derecho las cantidades que procedan procesal o procedimentalmente y por el uso de este poder; asistir a juntas con voz y voto; tomar parte en subastas; solicitar, conceder y aceptar quitas y esperas; nombrar administradores, interventores y auditores; promover y continuar por todos sus trámites cualesquiera incidentes o crisis procesales; realizar cualesquiera actos de disposición o terminación anormal del proceso, incluidos, la transacción, desistimiento, renuncia, allanamiento y manifestación de la satisfacción extraprocesal de la pretensión; y en general, ejercitar cuantos derechos, facultades, acciones, excepciones u oposiciones, y cualesquiera otros actos procesales o procedimentales previstos legalmente, incluida la solicitud de asistencia jurídica gratuita en los términos previstos en la legislación vigente; otorgar y revocar sustituciones y apoderamientos, totales o parciales de este poder.*

*Pedir y retirar copias de este poder.*

### **AUTORIZACIÓN**

*Así lo dice y otorga, y leída por mí esta escritura, por elección de la otorgante, advertida de su derecho a leerlo por sí, me manifiesta su conformidad, encontrándolo conforme y firmando conmigo.*

*Y yo, el Notario DOY FE, de todo lo cual, de identificar al otorgante por el documento exhibido y, en general, de haberse observado las formalidades legales y demás consignado en este instrumento público que redacto en dos folios de clase 3223 , serie A, números 560 y 561.*

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of fluid, connected strokes. It starts with a long diagonal line from the bottom left, curves upwards and to the right, then loops back down and to the left, ending with a small upward flick.

**Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 de enero de 2013, rec. 3242/2012**

**Ponente: López Pérez, Rafael.**

**Nº de Sentencia: 160/2013**

**Nº de Recurso: 3242/2012**

**Jurisdicción: CIVIL**

En la Villa de Madrid, a 10 de enero de 2013

### **SENTENCIA**

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por Doña M<sup>a</sup> Concepción González Aguilar, representada por el Procurador de los Tribunales don Óscar López Álvarez, contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 30 de septiembre de 2012 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña dimanante del juicio de divorcio seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de A Coruña. Es parte recurrida en el presente recurso Don José López Valiño, representado por el Procurador de los Tribunales Don Manuel González Carvajal y el MINISTERIO FISCAL.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Don José, el ex marido de mi representada, revisó sin consentimiento de la misma su correo, el cual estaba destinado a usos profesionales, debido a que ambos trabajan juntos en una gestoría propiedad de él. Con esa intervención D. José supuestamente descubrió ciertas infidelidades de su esposa.

**SEGUNDO.-** Por el Procurador Sr. Óscar López Álvarez se presentó con fecha 7 de noviembre de 2011 demanda de divorcio, basada en que mi mandante, Doña M<sup>a</sup> Concepción, a la vista de los hechos relatados anteriormente, declaró desaparecida la “affectio maritalis”, solicitando a la vez una serie de medidas: pensión compensatoria, pensión de alimentos, régimen de visitas, etc.

**TERCERO.-** Ante la sospecha de que mi mandante llevaba una vida sexual promiscua que podría perjudicar el bienestar de los dos hijos menores, D. José solicitó la

intervención de las comunicaciones de la cuenta de correo de Doña M<sup>a</sup> Concepción. El Juez admitió la prueba y ordenó la transcripción del contenido de las comunicaciones habidas en el intervalo de los tres meses anteriores a la ejecución de la medida, quedando evidenciado que mi patrocinada ha sido infiel a su cónyuge

**CUARTO.-** Doña M<sup>a</sup> Concepción se opuso a la práctica de la prueba porque vulneraba su derecho a la intimidad. El Juez resolvió el recurso de reposición en el sentido de considerar lícita la prueba.

**QUINTO.-** La sentencia de primera instancia, de 16 de diciembre de 2011, concedió la custodia de los menores a D. José, declarando asimismo disuelto el vínculo matrimonial, entre otras medidas. En el fallo, el Juez argumentó que el comportamiento sexual inestable de la demandante podía repercutir negativamente en la educación de sus hijos.

**SEXTO.-** M<sup>a</sup> Concepción interpuso recurso de apelación, reproduciendo la impugnación de la prueba ilícita. Alegó que la injerencia en su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no está prevista en la ley para esa finalidad y que es una medida desproporcionada. El Tribunal no apreció vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y, por tanto, en sentencia de 30 de septiembre de 2012 confirmó la de primera instancia.

**SÉPTIMO.-** Por el Procurador Sr. Óscar López Álvarez, en nombre y representación de Doña M<sup>a</sup> Concepción González Aguilar, se presentó escrito de formalización del recurso de casación por interés casacional y a la vez recurso extraordinario por infracción procesal (Disp. Final 16º de la LEC), ante la mencionada Audiencia Provincial, con apoyo procesal en los siguientes motivos:

“Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión” (art.469.1.3 de la LEC). En concreto infracción del art. 283.3 de la LEC; infracción del art. 287 de la LEC e infracción 11.1 de la LOPJ. También “por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia” (art.469.1.2 de la LEC). En concreto infracción del artículo 218.2 de la LEC, que se refiere a las normas procesales de regulación de la sentencia, ya que en la misma se expresan unos razonamientos fácticos y jurídicos que no se rigen por las reglas de la lógica y de la razón, puesto que del hecho de que una mujer sea infiel no se puede deducir que sea mejor quitarle la custodia de sus hijos, y además se valora para sustentar lo anterior una prueba que es nula.

“Por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en torno a la vulneración de derechos fundamentales en las pruebas obtenidas ilícitamente en un proceso civil” (art.477.3 LEC), alegando la recurrente sentencias que según ella avalan su tesis.

**OCTAVO.-** Por Auto de esta Sala de fecha 15 de octubre de 2012, se admite a trámite el recurso y evacuado el traslado conferido, por la representación procesal de la parte

recurrida, se presentó escrito de impugnación al mismo, así como por el Ministerio Fiscal.

**NOVENO.-** No habiéndose solicitado, por todas las partes personadas, la celebración de vista pública, por la Sala se acordó señalar, para la votación y fallo del presente recurso, el día 10 de enero de 2013, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. RAFAEL LÓPEZ PÉREZ

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El recurso extraordinario por infracción procesal lo fundamenta la recurrente en la infracción del art. 283.3 de la LEC; infracción del art. 287 de la LEC; infracción del art. 11.1 de la LOPJ. Asimismo, lo fundamenta en la vulneración del art.218.2 de la LEC.

Ambos motivos deben ser desestimados.

No se ha vulnerado ninguno de los artículos precitados, ya que el interés de los menores debe prevalecer sobre cualquier derecho de la madre al secreto de las comunicaciones, puesto que como tiene reiterado este Tribunal en multitud de ocasiones “todas las medidas sustanciadas en el ámbito de un proceso de divorcio donde se vean afectados menores, deberán tomarse siempre en el interés de éstos”. Por lo tanto, la intervención en el correo de la recurrente es ajustada a derecho y constituye una prueba válida, no hay vulneración de los arts.11.1 LOPJ y 283.3 LEC. Tampoco hay vulneración del art. 218.2 de la LEC, que se refiere a las normas procesales de regulación de la sentencia, debido a que la misma está motivada y se expresan en ella los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la valoración de las pruebas, según las reglas de la lógica y de la razón. Por otro lado, no fue necesario practicar ninguna prueba para demostrar la supuesta ilicitud de la mencionada intervención, en los términos del art. 287 LEC, puesto que es evidentemente lícita dado los intereses en juego y por tanto, no hay indefensión.

Por aplicación de la Disposición Final 16º de la LEC, la desestimación de este recurso conlleva a que pasemos a analizar los motivos alegados en el de casación.

**SEGUNDO.-** El actual recurso de casación lo basa la parte recurrente en la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo por la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, acerca de la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de pruebas en el proceso civil (art.477.3 LEC).

Este motivo debe ser desestimado.

Tal doctrina jurisprudencial alegada no es de aplicación a este caso, donde el interés de los menores debe prevalecer, como se ha explicado, sobre el de la madre, por lo que

tales pruebas no son ilícitas, sino plenamente válidas, y sirven para formar la convicción del Juez encargado de analizarlas.

**TERCERO.-** En materia de costas procesales, en aplicación del artículo 394 y ss. de la LEC, se impondrán a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

### **FALLAMOS**

Que debemos acordar lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal ni al recurso de casación interpuestos por doña M<sup>a</sup> Concepción frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, de fecha 30 de septiembre de 2012.

2º.- Imponer las costas procesales a la parte recurrente.

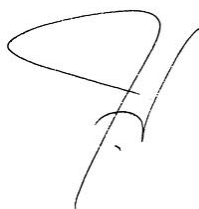
Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Pedro García Fraga.- José Antonio López Mira.-Rafael López Pérez.- Firmado.- Rubricado.-



### **PUBLICACIÓN.-**

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael López Pérez, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



## Bibliografía

BONET NAVARRO, J. (2009). *Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil*. Diario La Ley, 7256, págs. 1-5.

CORDÓN MORENO, F. (1992). *El proceso de amparo constitucional*. Editorial La Ley S.A., 2ª edición.

GARCÍA VARELA, R. Y CORBAL FERNÁNDEZ, J.E. (1999). *El recurso de amparo constitucional en el área civil*. Editorial Bosch S.A., 1ª edición.

GIMENO SENDRA, V. (2012). *Derecho procesal civil Volumen I. El proceso de declaración. Parte general*. Editorial Colex, 4ª edición.

LA LEY, Base de datos, [en línea], <http://laleydigital.laley.es/Content/Login.aspx>

MONTERO AROCA, J. Y FLORS MATÍES, J. (2008). *Amparo constitucional y proceso civil*. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición.

ORTELLS RAMOS, M. (2012). *Derecho procesal civil*. Editorial Aranzadi S.A., 11ª edición.

PÉREZ CEBADERA, Mª A. (2011). *La prueba ilícita en el proceso civil*. Revista de jurisprudencia. Editores El Derecho, págs. 1-8.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., FERREIRO BAAMONDE, X., PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., SEOANE SPIEGELBERG, J.L. (2010). *Derecho procesal penal*. Editorial Civitas, 2ª edición, págs. 308-310.

PÉREZ –CRUZ MARTÍN, A.J., RODRÍGUEZ TIRADO, A., ÁLVAREZ ALARCÓN A., SEOANE SPIEGELBERG, J.L. (2007). *Derecho procesal Civil I*. Editorial Tórculo, 1ª edición, págs. 294-296.

